



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Droits des entreprises et sort  
des documents saisis ou copiés  
dans les enquêtes de concurrence

**Doctrines** | *Concurrences* N° 2-2008

---

**Frédéric PUEL**

[fpuel@fidalinternational.com](mailto:fpuel@fidalinternational.com)

■ Avocat aux barreaux des Hauts de Seine et de Bruxelles

**Laurent FRANÇOIS-MARTIN**

[lfrancoismartin@fidalinternational.com](mailto:lfrancoismartin@fidalinternational.com)

■ Avocat aux barreaux des Hauts de Seine et de Bruxelles



Institut de droit  
de la concurrence

**THOMSON**  
TRANSACTIVE™



6. Le stress dans lequel se retrouve l'entreprise lors d'opérations de visites et saisies devant à la détermination des enquêteurs ne permet pas toujours d'adopter le meilleur comportement, et ce, malgré la présence de l'officier de police judiciaire dont le rôle est notamment de veiller à ce que les opérations soient menées avec la régularité et la loyauté nécessaires.

7. Il convient donc d'apporter un éclairage pratique sur les modalités de la saisie de documents effectuée par les enquêteurs à l'occasion des inspections de concurrence, à savoir le contenu de l'ordonnance d'autorisation (I), les moyens de résister aux enquêteurs lors des saisies (II) et les limites des pouvoirs des enquêteurs (III).

## I. L'ordonnance autorisant les opérations de visites et saisies

### 1. Contenu de l'ordonnance du JLD

8. Le champ de l'autorisation, défini par le JLD dans l'ordonnance d'autorisation, est fondé par la requête initiale de l'Administration, et fixe les limites au sein desquelles les enquêteurs sont autorisés à enquêter.

9. Le JLD doit ainsi définir le lieu et la date des visites, ainsi que les pratiques et les marchés visés. Il est ainsi clairement établi par la Cour de cassation que le juge compétent, pour autoriser des opérations de visite et saisie de documents dans les locaux d'une société sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, ne peut produire une autorisation ayant un objet général et indéterminé<sup>4</sup> lorsqu'il retient des présomptions circonscrites à certains agissements déterminés. Il doit définir limitativement le marché et les pratiques anticoncurrentielles présumées sur lesquels doivent porter les recherches<sup>5</sup>.

10. À tout le moins, un dispositif apparemment général de l'ordonnance "n'a pas pour effet d'étendre l'autorisation au-delà des marchés visés par l'ordonnance"<sup>6</sup>. Dans une affaire concernant les sociétés SACER Sud-Est, Colas Rhône-Alpes, SCREG Sud-Est, Redland Route Sud et Entreprise Jean Lefebvre<sup>7</sup>, ces dernières, qui avaient fait l'objet de visites et de saisies des enquêteurs de la DGCCRF, ont fait grief au dispositif de l'ordonnance ayant autorisé les saisies de ne pas permettre de déterminer avec précision ce qui avait été décidé par le juge.

11. La Cour de cassation a considéré "qu'en autorisant des visites domiciliaires en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles prohibées par les points 1, 2 et 4 de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur le

*marché d'enrobés soumis à appel d'offres par le conseil général de l'Ardèche pour les routes départementales par certaines communes et par certains syndicats intercommunaux pour la voirie communale et par le syndicat interdépartemental de l'Ardèche pour l'aérodrome d'Aubenas, telles qu'il les avait décrites et analysées précisément dans le corps de son ordonnance, le président du Tribunal, qui n'a pas délivré une autorisation indéterminée, a respecté les prescriptions de l'article 48 précité et les intéressés ont été informés de l'objet des mesures autorisées, des pratiques anticoncurrentielles présumées et du marché pertinent sur lequel elles auraient été commises*".

12. Il en résulte que, lorsque le juge compétent a pris le soin de décrire et d'analyser dans le corps de son ordonnance les pratiques anticoncurrentielles présumées et le marché en cause, il s'agit bien des pratiques présumées et du marché sur lesquels doivent porter les recherches des enquêteurs au cours des opérations de visites et de saisies, et ce d'autant plus quand le dispositif de l'ordonnance est imprécis ou indéterminé.

13. C'est ce qui ressort aussi d'un arrêt en date du 12 novembre 1996<sup>8</sup>, qui a précisé "qu'ainsi, le dispositif critiqué n'a pas pour effet d'étendre l'autorisation au-delà des deux marchés publics visés par l'ordonnance". Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que, à l'occasion des enquêtes réalisées sur autorisation judiciaire, "le juge n'a pas à désigner expressément les documents à saisir"<sup>9</sup>.

14. La Cour de cassation a jugé néanmoins "qu'en autorisant la saisie de "tous documents utiles" [à apporter la preuve de pratiques anticoncurrentielles] le président du Tribunal n'a pas autorisé les agents de l'administration à saisir des documents ne se rapportant pas aux agissements retenus pour accueillir la demande de visite"<sup>10</sup>.

15. Le président du Tribunal de grande instance de Digne<sup>11</sup> a ainsi fait droit à la demande d'entreprises dont certains documents avaient été saisis en constatant que l'Administration avait "réalisé des saisies de documents étrangers à la demande d'ordonnance" en ce sens que les pièces saisies, bien que permettant d'établir l'existence d'ententes entre certaines entreprises à l'occasion de marchés non visés par l'ordonnance, ne permettaient pas d'établir une entente entre les entreprises visées par l'ordonnance à l'occasion des marchés publics pour lesquels l'ordonnance avait été délivrée.

16. Le président du Tribunal de grande instance de Bordeaux, à qui avait été donnée commission rogatoire, a, par une ordonnance du 4 février 1997, constaté l'irrégularité de

4 Cass. com., 6 avr. 1993, n° 91-17.835 et Cass. com., 26 oct. 1993, n° 92-13.658, JCP G 1993, IV, 2720, p. 334, D. 1994, I.R., p. 3, *Contrats, conc., consom.* 1994, n° 1, p. 9.

5 Cass. com., 15 mars 1994, n° 92-15.501, *Bull. civ. IV*, n° 116, p. 89, *Contrats, conc., consom.* 1994, n° 198, D. 1994, I.R., p. 85, *BID* 1995, n° 5, p. 23.

6 Cass. com., 3 mai 1995, n° 93-17.768, *RJDA* 7/1995, n° 867.

7 Cass. com., 11 janv. 2000, n° 97-30.190 et 97-30.191., *Bull. civ. IV*, n° 9.

8 Cass. com., 12 nov. 1996, n° 99-10.596, Inédit.

9 V. notamment Cass. com., 29 oct. 1991, 3 arrêts, n° 90-12923, 90-12925 et 90-13362 ; Cass. com., 14 janv. 1992, n° 90-10602 ; Cass. com., 12 déc. 1995, 5 arrêts, n° 93-21605, 93-20979, 93-20978, 93-20810 et 93-20980.

10 Cass. com., 14 janv. 1992, n° 90-10582.

11 TGI Digne-les-Bains, 21 mars 1990, *Petites affiches*, 2 mai 1990, p. 6 ou *JCPE* 1990, II, n° 15834.

certaines pièces saisies comme étrangères aux marchés mentionnés dans l'ordonnance d'autorisation et a annulé en tant que de besoin tous les actes qui ont pris appui sur les pièces ainsi irrégulièrement saisies<sup>12</sup>. La Cour de cassation a validé la décision du président du Tribunal de grande instance de Bordeaux et a considéré que c'est "souverainement" que le président du Tribunal a pu "estimer que les documents dont il a ordonné la restitution étaient dépourvus de tout lien avec les appels d'offres visés par l'autorisation de visite domiciliaire"<sup>13</sup>.

17. En conséquence, il ressort de la jurisprudence que les pièces étrangères aux pratiques et marché sur lesquels devaient porter les recherches des enquêteurs, tels que décrits et précisés dans l'ordonnance d'autorisation, doivent être écartées, en ce sens qu'elles ne concernent pas le marché ou les pratiques ayant motivé l'autorisation de visite et de saisie des documents. Ces différentes jurisprudences rappellent le caractère strict du périmètre dessiné par l'ordonnance du JLD ayant autorisé les opérations de visites et saisies.

## 2. Les recours contre l'ordonnance d'autorisation

18. La contestation de la légalité de l'ordonnance autorisant l'inspection ne peut être réalisée que par la voie d'un pourvoi en cassation devant la Chambre criminelle. Une déclaration de pourvoi au greffe de la juridiction qui a rendu l'ordonnance doit être formée dans le délai de cinq jours francs à compter de la notification de l'ordonnance<sup>14</sup>. Il n'existe pas de dérogation à ce délai, quand bien même la personne qui souhaite agir n'a pas reçu de notification.

19 Les personnes directement visées par l'inspection ont évidemment la possibilité d'exercer ce pourvoi en cassation. Il peut s'agir de l'entreprise inspectée, mais également de son dirigeant personne physique dans l'hypothèse où des inspections ont également été menées à son domicile. En outre, des entreprises ayant un intérêt à agir suffisant peuvent également introduire un tel pourvoi. Ce recours est ainsi ouvert à des entreprises susceptibles d'être mises en cause par des documents saisis.

20. Ainsi, une société visée comme auteur présumé des agissements dont la preuve est recherchée est recevable à se pourvoir en cassation contre l'ordonnance qui a autorisé des visites dans ses locaux et dans ceux d'autres entreprises, même si aucune visite n'a été *in fine* effectuée dans ses locaux, dès lors que l'ordonnance a été exécutée en ce qui concerne les autres entreprises<sup>15</sup>.

21. De même, une société visée par l'ordonnance d'autorisation a qualité et intérêt à intervenir à titre accessoire pour appuyer les prétentions du demandeur au pourvoi en

cassation<sup>16</sup>. Le pourvoi se borne à ne contester que la légalité de l'ordonnance et non la validité de l'inspection réalisée sur ce fondement.

22. Pratiquement, une fois la déclaration de pourvoi effectuée dans le délai de cinq jours, ce sera à l'avocat aux Conseils saisi qu'il reviendra de mener la procédure. Avec lui devront être étudiés les différents moyens du pourvoi parmi lesquels on retrouve classiquement les irrégularités de la demande d'enquête du Ministre ou du Conseil de la concurrence, l'absence d'appréciation ou appréciation insuffisante des éléments d'informations fournis par le DGCCRF, une erreur dans l'adresse des lieux faisant l'objet de l'inspection, etc. Ces différents moyens se limitent donc exclusivement à l'ordonnance du JLD et à son contenu.

23. L'absence d'effet suspensif du pourvoi sur la procédure au fond est expressément prévue par les textes<sup>17</sup>. Mais cette disposition n'a en pratique que peu d'incidence car le Conseil de la concurrence ne rend *de facto* une décision au fond qu'une fois que la Cour de cassation s'est prononcée sur le pourvoi.

24. En revanche, ce pourvoi a un effet interruptif de la prescription pour toutes les entreprises en cause dans la procédure, y compris celles qui n'ont pas introduit de pourvoi. Le Conseil de la concurrence, qui ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction<sup>18</sup>, n'a pas à procéder à d'autres actes d'enquête tant que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le pourvoi. L'annulation, à la suite d'un pourvoi en cassation, d'une ordonnance autorisant une inspection lourde entraîne l'annulation de toutes les poursuites subséquentes procédant de l'exploitation des documents saisis à cette occasion<sup>19</sup>.

25. Il faut aujourd'hui constater que les ordonnances, pré-rédigées par les services de la DGCCRF et délivrées par les JLD sont de plus en plus conformes aux exigences légales et jurisprudentielles.

26. Par ailleurs, le nombre d'arrêts rendus en faveur des entreprises ayant intenté un pourvoi a baissé de façon très importante depuis que ce contentieux est passé de la Chambre commerciale à la Chambre criminelle à la suite de l'adoption de la loi NRE. Le taux d'arrêts de cassation rendus par cette dernière en cette matière est aujourd'hui inférieur à 1 %. Cependant, la prudence et les intérêts des entreprises concernées commanderont de faire systématiquement une déclaration de pourvoi dans le délai très court de cinq jours, pour se donner ensuite le temps d'analyser les chances éventuelles d'une telle action.

12 TGI Bordeaux, 4 févr. 1997, SA Signal/DGCCRF.

13 Cass. com., 23 mars 1999, n° 97-30319.

14 Art. 568 C. pr. pén.

15 Cass. com., 4 avr. 1995, n° 771 D, Société Cogelec, pourvoi n° 771 D, RJDA 7/1995 n° 864

16 Cass. crim. 10 mars 1992, pourvoi n° 491 P, Sté GTM Bâtiment et travaux publics, RJDA 6/1992, n° 612.

17 Art. L. 450-4 al.6 C. com.

18 Art. L. 462-7 C. com.

19 Cass. crim., 30 sept. 1991, Gicquel et autres, P. n° F 9083.579 PF.

## II. Quelle résistance opposer lors des opérations de visites et saisies ?

### 1. La présence de l'avocat pendant les opérations de visites et saisies

27 Ainsi que le relève l'administration dans un article récent<sup>20</sup>, dans les procédures "concurrence", la présence de l'avocat n'est pas prévue par les textes, et ce, pendant toute la phase d'instruction qui précède l'envoi d'une notification des griefs par le Conseil de la concurrence ou la Commission européenne.

28 Il faut noter au passage que la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais eu à connaître de cette bizarrerie légale, étant donné le caractère éventuellement très dommageable de nombreux événements qui peuvent intervenir au cours de cette phase d'instruction. L'argument d'un éventuel recours a pu parfois payer lorsqu'un rapporteur peu habile de la DGCCRF envisageait d'empêcher un avocat de communiquer avec son client pendant une audition (également préalable à la notification des griefs).

29. L'article L. 450-4 du Code de commerce prévoit que les opérations de visites et saisies doivent se faire en présence de l'occupant des lieux ou d'une personne mandatée par ce dernier. Ce même article prévoit que seuls les enquêteurs, l'occupant des lieux, ou son représentant, peuvent prendre connaissance des documents saisis.

30. De cette disposition, l'administration sera facilement tentée de tirer la conclusion que l'avocat ne peut donc être présent et ne sera finalement que toléré et qu'en tout état de cause, il ne peut pas prendre connaissance des documents saisis.

31. Pourtant, si la présence de l'avocat n'est pas prévue ainsi que le rappelle la Cour de cassation<sup>21</sup>, elle n'est pas pour autant interdite. Dès lors, la conclusion qui conduirait l'administration à estimer que l'avocat ne peut être présent, où s'il peut l'être, c'est à titre de simple figurant, revient à nier la liberté de l'"occupant des lieux" qui peut donner mandat à la personne de son choix pour le représenter, ainsi que le prévoit l'article L. 450-4.

32. Il ne peut donc être exclu que l'"occupant des lieux" donne mandat à son avocat pour suivre, en son nom, les opérations de visites et saisies et prendre connaissance des documents avant leur saisie ainsi que le prévoit ce même article L. 450-4.

33. Qu'il soit dûment mandaté par l'"occupant des lieux" ou "toléré" par les enquêteurs, ce rôle de l'avocat est essentiel au stade des opérations de visite et saisie dans la mesure où le déséquilibre entre les forces en présence est patent. Son rôle premier reviendra ainsi à rétablir l'équilibre en calmant l'ardeur des enquêteurs et en rassurant l'entreprise en lui rappelant les droits dont elle dispose.

20 André Marie, Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles, *RLC*, 2008, n° 14, p. 11.

21 Cass. Com, 21 janv. 1997, 5 arrêts n° 94-18.885 à 94-18.859, *Bull. civ.*, IV, n° 19.

34. Le rôle de l'avocat, si celui-ci peut avoir un rôle un tant soit peu actif, variera selon que l'inspection est diligentée par les autorités communautaire ou française. En effet, dans le cadre d'une procédure communautaire, il n'existe aucun recours en récupération de pièces irrégulièrement saisies alors qu'une telle action existe en droit français<sup>22</sup>. Ainsi, dans la première hypothèse, la saisie de chaque pièce relevant de l'intérêt des enquêteurs pourra être négociée alors que cette négociation sera rendue plus difficile dans la seconde hypothèse, étant donné l'existence dudit recours.

### 2. Le délit d'entrave

35. L'un des principes qui encadre les droits et devoirs des entreprises faisant l'objet d'une opération de saisie est celui de "l'obligation de coopération active".

36. Selon le Règlement 1/2003 du Conseil, et d'après la jurisprudence de la CJCE, cette obligation implique que l'entreprise "tienne à la disposition de la Commission tous les éléments d'information relatifs à l'objet de l'enquête"<sup>23</sup>. En outre, si les entreprises restent libres de répondre ou non aux questions qui leur sont posées, il n'en demeure pas moins que "les entreprises, ayant accepté de répondre, sont tenues de fournir des renseignements exacts"<sup>24</sup>.

37. Au niveau communautaire, ce principe a une portée extrêmement large puisque les entreprises visitées doivent non seulement permettre l'accès aux inspecteurs, mais aussi les aider à localiser précisément les documents qu'ils souhaitent saisir.

38. Toutefois, si l'entreprise estime qu'une atteinte grave risque d'être portée à ses droits les plus fondamentaux (violation du "legal privilege", saisies informatiques massives...) il est indispensable qu'elle le fasse savoir, dans les plus brefs délais, en priant les inspecteurs de placer les documents litigieux sous enveloppe scellée et ce, sans qu'ils aient pu en prendre connaissance préalablement<sup>25</sup>.

39 En aucun cas, l'entreprise ne devra manifester un refus de voir les inspecteurs saisir un document. En outre, une action de l'entreprise visant à dissimuler un document se trouvant sur les lieux visés par l'autorisation peut avoir des conséquences graves pour cette dernière. C'est en effet ce que nous enseignent deux jurisprudences récentes.

40. Ainsi, dans une première affaire, le Tribunal de première instance des Communautés européennes, a eu à connaître d'un cas d'obstruction pendant le déroulement de l'enquête dans la mesure où "un des directeurs de Bischof + Klein avait détruit un document qui avait été sélectionné par les inspecteurs de la

22 Voir infra.

23 TPICE, 20 mars 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG et autres/Commission*, aff. T-9/99, Rec. p II-1487, point 559. Voir aussi, arrêt CJCE, 18 oct. 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, Rec. p. 3283, point 27 et TPICE, 8 mars 1995, *Société Générale/Commission*, aff. T-34/93, Rec. p. II-545, point 72.

24 TPICE, 20 mars 2002, préc., point 559.

25 Nathalie Jalabert-Doury, *Les inspections de concurrence*, Editions Bruylant, 2005, p. 120, points 316 et s.

Commission". Il a été estimé que "quels que soient ses effets, un tel comportement a nécessairement perturbé le bon déroulement de son enquête et a constitué une opposition à l'exercice de leur pouvoir d'enquête par ses inspecteurs. Cette obstruction délibérée constitue une circonstance aggravante au sens des lignes directrices sur les amendes, qui doit être sanctionnée par une majoration de 10 % du montant de base de l'amende"<sup>26</sup>.

41. Dans la seconde affaire, rendue en janvier 2008, la Commission a infligé pour la première fois une amende sur le fondement des dispositions du règlement 1/2003/CE relatives aux cas d'obstruction ou d'entrave à une enquête menée par la Commission en matière d'entente. Cette amende a été consécutive à une inspection surprise de mai 2006 dans les locaux d'E.ON Energie AG (E.ON) au cours de laquelle les agents de la Commission ont constaté que les scellés apposés la veille avaient été brisés. Bien qu'E.ON n'ait toute implication dans le bris, la Commission a estimé que les arguments avancés par l'entreprise n'étaient pas valables. Par conséquent, la Commission ayant le pouvoir, dans une telle hypothèse, de sanctionner l'entreprise jusqu'à concurrence de 1 % de son chiffre d'affaires, a infligé à cette dernière une amende s'élevant à 38 millions d'euros.

42. Ces illustrations récentes de l'exercice par la Commission de son pouvoir de sanction à l'égard des entreprises ne respectant pas leur obligation de coopération active, tendent à démontrer que ce pouvoir est exercé de façon effective et sévère. Les entreprises étant sanctionnées de la même façon que l'entrave soit délibérée ou le fruit d'une simple négligence.

43. Au niveau français, il est à noter que le droit de ne pas s'auto-incriminer connaît une application pleine et entière dans le cadre de la procédure pénale française. Or, certaines infractions relevant du domaine de la concurrence sont susceptibles d'entraîner des poursuites pénales<sup>27</sup>. Néanmoins, ce droit ne peut être utilisé de façon abusive par les entreprises. Ainsi, elles ne pourraient l'invoquer pour refuser de communiquer aux agents en charge de la saisie, des documents fortement compromettants. Elles ne pourraient pas non plus, se cacher derrière ce droit pour refuser de répondre à des questions purement factuelles, ou encore dissimuler, voire détruire, des éléments de preuve. En effet, de tels agissements seraient contreproductifs dans la mesure où les agents peuvent mettre en œuvre une perquisition sous la contrainte en se faisant aider des officiers de police qui les accompagnent, mais aussi en ce qu'une enquête de concurrence ne s'arrête pas à la fin de la saisie. Dès lors, l'absence de coopération, si elle ne devait pas être constitutive d'un délit d'entrave, sera, sans conteste, de nature à irriter les autorités de concurrence qui, à leur tour, risqueront de se montrer peu coopératives pour la suite des opérations.

44 Par conséquent, il ne saurait être conseillé aux entreprises de manquer à leur devoir de coopération active envers les agents. Tout au plus, l'entreprise pourra émettre des réserves quant à la saisie de l'un ou l'autre document en invoquant, par

exemple, l'absence de lien avec le champ de l'ordonnance, ou le droit au respect du secret de la correspondance entre l'avocat et son client... Lesdites réserves pourront alors être portées au procès-verbal qui est obligatoirement dressé à l'issue des opérations de saisie.

### III. Les limites aux pouvoirs d'investigation des enquêteurs

#### 1. Les documents susceptibles d'être saisis

45. Si, dans le cadre des enquêtes communautaires lourdes, les agents de la Commission ne procèdent qu'à une copie de documents, les enquêteurs de la DGCCRF, qui agissent sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, procèdent eux à des saisies de documents.

46 Ils sont donc susceptibles de demander, en vue de les copier ou de les saisir, tous documents, quel qu'en soit le support, à savoir, cahiers, livres de comptes, factures, comptes-rendus de réunions, agenda, organiser...

47. En ce qui concerne les documents informatiques et messageries électroniques, les enquêteurs peuvent décider d'extraire certains documents qu'ils ont identifiés par des mots clés et de les imprimer ou les copier sur des Cd-roms ou sur DVD. Ils disposent aussi du droit de saisir tous supports, c'est-à-dire, de saisir notamment des disques durs physiques. Ceci n'a pas, à notre connaissance, été mis en œuvre par l'administration à ce jour, mais cette dernière ne l'exclut dorénavant pas devant les recours nombreux auxquels elle fait face en matière de saisie informatique.

#### 2. Pratiques des enquêteurs : Analyse concrète de quelques situations particulières

##### 2.1. Droit de fouille, d'ouverture des armoires, tiroirs et dossiers et ordinateurs

48. Au niveau européen, les pouvoirs des agents sont limités par l'absence de droit de fouille. Cette limite a pour conséquence que, pour avoir accès à un document, les agents doivent l'identifier précisément. Concrètement, les agents peuvent demander au personnel de l'entreprise d'ouvrir les meubles de rangement et de remettre les documents qui s'y trouvent, mais ils ne peuvent le faire eux-mêmes si les représentants de l'entreprise refusent d'accéder à leur demande. Ils peuvent seulement constater le refus et demander l'assistance des autorités nationales. Toutefois, en raison du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, si l'entreprise n'impose pas aux agents de procéder par désignation des documents, il sera considéré qu'elle aura donné implicitement l'autorisation aux agents de fouiller les lieux<sup>28</sup>.

26 Comm. CE, déc. 2007/686/CE, 30 nov. 2005, *Sacs industriels*, aff. COMP/38354, *JOCE* n° L 282 du 26 oct. 2007, p. 44.

27 Voir notamment Art. L. 420-6 C. com.

28 CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Iberica e.a.*, aff. jtes 97/87, 98/87 et 99/87, Rec. p. 3165.

49. Au niveau français, les agents de la DGCCRF ont, eux, un véritable droit de fouille des locaux dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre de l'ordonnance initiale ou d'une autorisation complémentaire du juge. Ce droit est néanmoins assorti de certaines restrictions. À cet égard, le droit de fouille ne pourra être exercé sur les effets strictement personnels tels qu'un sac à main, ou encore ne pourra donner lieu à une fouille au corps<sup>29</sup>.

50. Cependant, en pratique, une entreprise qui refuserait de donner droit aux demandes des inspecteurs d'ouverture d'une armoire visés ou d'accès à des ordinateurs désignés s'exposerait au risque de délit d'entrave<sup>30</sup>.

## 2.2. Les documents “pour partie, utiles” à la manifestation de la vérité

51. En présence de documents qui ne contiennent que quelques extraits ou pages entrant dans le champ fixé par l'ordonnance d'autorisation (par exemple un cahier ou un agenda), plusieurs jurisprudences ont jugé que, dès lors qu'il s'agissait d'un tout indissociable, il convenait de saisir l'ensemble, au risque de dénaturer la pièce en question.

52. Ainsi, pour un cahier à spirale, il a été jugé que les différentes pages constituant un tout, il convenait de maintenir la saisie de l'ensemble des pages de ce cahier. Pour la Cour de cassation, il s'agit en effet d'un “tout indissociable”<sup>31</sup>. Il en est de même pour tout document qui se rapporte, pour partie, à l'objet de l'enquête et qui peut être considéré comme un document unique qu'il n'est pas possible de scinder.

53. Au-delà du caractère insécable des pièces qui forment un tout, deux arrêts de la Cour de cassation du 12 novembre 1996<sup>32</sup> viennent préciser la notion de pièce, “pour partie, utiles”. La Cour dit pour droit que : “si l'administration saisissante ne peut appréhender que les documents se rapportant aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie domiciliaire, il ne lui est pas interdit de saisir des documents, pour partie, utiles à la preuve des agissements retenus [...]”.

54. Il résulte de cet arrêt un principe inconditionnel et une extension strictement encadrée. Au titre du principe inconditionnel, on relève que les documents saisis doivent se rapporter aux agissements et aux marchés définis par l'ordonnance d'autorisation. Or, les visites domiciliaires sont gouvernées par le principe de spécialité. Ne peuvent donc être appréhendées que les documents en rapport avec la fraude dont la preuve est recherchée. L'Administration n'est donc pas autorisée à se saisir de pièces présumant d'autres infractions. Les pièces saisies doivent se rapporter aux agissements et marchés retenus dans l'ordonnance d'autorisation, c'est-à-dire y faire référence explicite et incontestable.

55. Au titre de l'extension strictement encadrée, il faut reconnaître que les documents doivent être, pour partie, utiles à la preuve des agissements décrits dans l'Ordonnance, notamment ceux qui pourraient démontrer une limitation du jeu de la concurrence.

56. La Cour de Cassation a précisé cette notion de “documents, pour partie, utiles à la preuve des agissements décrits dans l'Ordonnance”. Les “documents utiles” sont ceux qui se rapportent aux agissements retenus pour accueillir la demande de visite. Les documents “pour partie, utiles” sont ceux qui ne sont pas dépourvus de tout lien avec les appels d'offres visés par l'autorisation de visite domiciliaire<sup>33</sup>.

57. L'existence d'un lien doit apparaître *prima facie* dès la saisie et non a posteriori. L'administration ne peut en aucune manière fonder sa politique de saisie sur une approche sans discernement, avec la promesse de rendre, sans les utiliser, les documents qui seraient hors champ.

58. L'administration a pourtant une appréciation extensive des pièces, pour partie, utiles. Dès lors, le JLD, lorsqu'il est saisi d'une requête visant à faire constater l'irrégularité d'une saisie est partagé entre, d'une part, une jurisprudence qui lui indique qu'une pièce forme un tout que l'on ne peut dénaturer (c'est le cas pour les cahiers, carnets, cahiers à spirale, classeurs...) et d'autre part, la jurisprudence qui lui impose de constater que les documents saisis peuvent être, “pour partie, utiles” à la manifestation de la vérité.

59. Dès lors, le JLD doit être pragmatique<sup>34</sup>. L'enjeu est de taille car si l'on sait que la DGCCRF est contrainte par le périmètre de l'ordonnance du JLD, ce n'est pas le cas du Conseil de la concurrence qui, sur le fondement des pièces restant dans le dossier, peut décider de s'autosaisir plus largement. Par exemple, une solution pratique, concernant un cahier comportant des pages étrangères à la procédure et certaines pages utiles, pourrait consister à isoler certaines pages et, pour celles qui seraient hors du champ de l'ordonnance, y apposer des scellés, en les liant entre elles pour en empêcher la lecture.

## 2.3. Les documents mixtes

60. Il ressort des textes et de la jurisprudence que, dans le cadre d'une inspection, les enquêteurs peuvent a priori saisir tout document émis ou reçu dans le cadre de l'activité de l'entreprise, dès lors que ce document est en rapport avec l'objet de l'enquête. Les documents strictement personnels échappent, en principe, au contrôle des enquêteurs.

61. Dans ce contexte, intervient la notion des documents dits “mixtes”, c'est-à-dire susceptibles de contenir des données tant personnelles que professionnelles.

29 Com, 19 déc. 1995, pourvoi n° 94-10. 581 e.a.

30 Voir supra.

31 JLD Paris, 30 oct. 2003, *Draka Paricable*, confirmée par Cass. crim, 9 févr. 2005, n° 03-86.795, *Bull. crim.*, n° 53.

32 Cass. com, 12 nov. 1996, n° 94-13.943 et n° 94-13.944 (2 arrêts).

33 Cass. com, 14 janv. 1992 n° 90-10582 et Cass. com, 23 mars 1999, n° 97-30319.

34 V. notamment les jurisprudences préc. dont Cass. com., 15 mars 1994, n° 92-15.501, *Bull. civ. IV*, n° 116, p. 89, *Contrats, conc., consom.* 1994, n° 198, D. 1994, I.R., p. 85, *BID* 1995, n° 5, p. 23.

62. Cette question a été tranchée en 1997<sup>35</sup> par le Conseil de la Concurrence dans une décision aux termes de laquelle il a été jugé qu'un agenda qui comporte des annotations personnelles conserve son caractère professionnel. Il peut donc non seulement être contrôlé, mais également faire l'objet d'une saisie. En effet, cette décision dispose : "qu'ainsi, si « l'inventaire » des pièces communiquées par M. Tallon mentionne des « copies d'agenda personnel numérotées de 1 à 6 », la société S.B.B.A. ne peut utilement soutenir que la demande ne portait pas sur un agenda à caractère professionnel ;

→ que la simple présence de cinq annotations, en partie illisibles comme le reconnaît la société S.B.B.A., interprétées par elle comme étant des annotations personnelles, parmi de multiples annotations liées de manière quasiment exclusive à l'activité professionnelle de l'intéressé, ne suffit pas à enlever un caractère « professionnel » aux extraits du document, communiqués en copies aux enquêteurs ;

→ que l'enquête effectuée dans la société Express Béton ayant été régulièrement effectuée, il n'y a donc pas lieu d'écarter le procès-verbal et ses annexes du dossier [...]"

63. Cette position a été confirmée dans une décision rendue par le Conseil, trois ans plus tard<sup>36</sup>, ce qui semble en faire une position de principe en la matière. Il y est mentionné que : "Considérant que les sociétés TIPS, Cars Bridet et Cars d'Orsay font valoir qu'un agenda est un document à caractère « mixte », non purement professionnel, et qu'il ne peut être retenu comme moyen de preuve ;

Mais considérant que les agendas en cause, qui portent des mentions dont les concluants ne prétendent d'ailleurs pas qu'elles seraient étrangères à leur activité professionnelle, ont été régulièrement saisis aux sièges des entreprises dans le cadre d'une enquête diligentée à la suite d'une autorisation judiciaire ; qu'en conséquence, ils constituent des éléments de preuve licites, ainsi que le Conseil en a déjà décidé dans sa décision n° 97-D-39 du 17 juin 1997, en écartant l'argument des parties fondé sur le caractère prétendument « mixte » et non professionnel d'un agenda saisi au siège d'une entreprise ; que le moyen doit être écarté [...]"

64 En pratique, les enquêteurs doivent consulter le document dont l'entreprise considère qu'il est purement personnel pour s'en convaincre. Cette consultation doit être limitée au strict minimum<sup>37</sup>.

## 2.4. Les documents informatiques et messageries électroniques

65. La saisie de documents "électroniques" a fait l'objet de nombreuses hésitations jurisprudentielles, même si le principe de la possibilité de procéder à la saisie de données

informatiques a été validé par différentes juridictions jugeant que la notion de "saisie de tous documents" comprend les documents informatiques et que cette notion de document informatique renvoie "non pas aux données informatiques, mais aux supports au sens strict du terme tels disquette, messagerie, disque dur, CD-ROM et autres, utilisés par les entreprises pour stocker leurs informations"<sup>38</sup>.

66 Il découle de cette acceptation jurisprudentielle que la globalité d'un disque dur ou d'une boîte de messagerie pourrait être saisie.

67. Les règles présidant à la saisie des supports papier devant s'appliquer de la même façon aux documents électroniques, les enquêteurs devraient procéder à une saisie sélective des documents et données en mettant en place des *procédés de ciblage* visant à vérifier que les documents saisis se rapportent bien aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie et dès lors, éviter une saisie massive et indifférenciée de documents, notamment de documents hors champ, de correspondances personnelles, ou couverts par le secret professionnel.

68. Certes, un certain nombre de jurisprudences a considéré qu'une messagerie informatique constituerait un tout insécable, justifiant la saisie de l'intégralité de ladite messagerie par les enquêteurs de la DGCCRF. Mais, le JLD de Nanterre a récemment jugé, dans une ordonnance rendue le 17 juillet 2007 concernant une opération de visite et de saisie dans les locaux de la société Schering-Plough, qu'une opération de visite et de saisie de documents, "à l'évidence protégés par leur nature personnelle, confidentielle ou couverts par le secret des affaires ou le secret professionnel en usant de procédés de « ciblage » inadéquats ne permettant pas d'écarter des documents n'entrant pas dans le champ de l'autorisation dans des proportions très élevées" était irrégulière et devait être annulée dans son intégralité<sup>39</sup>.

69. Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par l'arrêt du 12 décembre 2007 de la chambre criminelle de la Cour de cassation, lequel rappelle simplement, dans son dispositif final, que les pièces saisies doivent être, pour partie, utiles à la preuve des agissements en cause et que le JLD est souverain de l'appréciation des faits. Dès lors, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne se prononce pas sur le caractère sécable ou non d'une messagerie électronique, une telle appréciation relevant du pouvoir souverain du juge du fond.

70. En outre, si certaines jurisprudences de JLD admettent le caractère insécable d'une messagerie électronique, cette position n'empêche pas la conviction au plan technique.

71 Aussi, pour respecter les principes des saisies et respecter les droits de la défense et la vie privée, les enquêteurs de la DGCCRF devraient lors de saisies informatiques, à l'instar de la pratique des agents de la Commission européenne, procéder par mots clés et en imprimant directement les documents identifiés, sans saisir la globalité des messageries ou des fichiers.

35 Cons. Conc. déc. n° 97-D-39 du 17 juin 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence Alpes Côte d'Azur, BOCCRF n° 15 du 30 août 1997.

36 Cons. Conc. déc. n° 00-D-68 du 17 janv. 2001 relative à des pratiques concertées sur des marchés de transport de personnel d'entreprises, BOCCRF n° 10 du 24 juill. 2001.

37 Nathalie Jalabert-Doury, préc., p. 243.

38 JLD de Lille du 16 déc. 2005, Comité français du gaz et du propane/DGCCRF.

39 Voir en annexe la pièce XII, ordonnance du Juge des libertés et de la détention de Nanterre en date du 17 juill. 2007 concernant une opération de visite et de saisie dans les locaux de la société Schering-Plough, p. 5, dernier attendu.

## 2.5. Les documents couverts par le “legal privilege”

72. Si le devoir de l'entreprise est de coopérer, il n'est pas de permettre aux inspecteurs d'enfreindre le secret professionnel qui couvre la correspondance échangée entre l'avocat et son client. Cette correspondance est protégée par un secret absolu.

73. En effet, l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dispose : “en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel”.

74. Cette disposition interdit donc la saisie de la correspondance entre un avocat et son client à l'occasion des visites domiciliaires de l'Administration<sup>40</sup>.

75 Il est impératif que les inspecteurs non seulement ne saisissent pas les documents couverts par le secret professionnel mais s'abstiennent également de procéder à des lectures trop détaillées, bien qu'il soit nécessaire d'identifier, *prima facie*, les documents qui bénéficient du *legal privilege*.

76 Une double précaution doit être prise à cet égard, tant il est facile, par une lecture rapide d'un tel document, d'orienter des recherches vers tel autre document, telle correspondance, telle pratique ou tel responsable commercial, autant de “*preuves indirectes*” qu'il sera *a posteriori* difficile de contester ainsi que le relève le Tribunal de première instance des communautés européennes<sup>41</sup>.

77. Il convient, en amont, que les avocats, comme les entreprises, prennent l'habitude de faire figurer sur leurs correspondances réciproques l'indication claire que celles-ci sont couvertes par le secret professionnel et prévoit une page de garde ou un courriel d'accompagnement.

78. Il convient par ailleurs que l’“*occupant des lieux*” soit sensibilisé au droit conféré par le secret professionnel.

## 2.6. L'inventaire

79. Les pouvoirs et moyens dont disposent les enquêteurs dans le cadre d'une opération de visite et de saisie sont encadrés par l'article L. 450-4 du Code de commerce qui dispose que “*Les*

*inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale*” et l'article 56 du Code de procédure pénale qui prévoit que “*tous objets et documents saisis, sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Cependant si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés fermés provisoires jusqu'au moment de leur inventaire et de leur mise sous scellés définitifs et ce, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition...*”<sup>42</sup>.

80. Alors que l'appréciation de l'existence et de la régularité de cet inventaire relève du pouvoir souverain du juge du fond, la Cour de cassation a également apporté des précisions au sujet des formes qu'il doit revêtir. Dans un arrêt récent<sup>43</sup>, elle a estimé, cassant l'ordonnance du JLD de Paris<sup>44</sup>, qu'il résultait des constatations de ce dernier que tous les documents répertoriés dans les différents intitulés avaient un rapport certain et direct avec la dénomination choisie et qu'ainsi l'inventaire avait été régulièrement dressé.

81. Dans cette affaire, le JLD, après avoir rappelé que “*si l'inventaire peut être dressé sans énumérer chaque document mais en les dénombant, il importe que l'intitulé retenu pour les regrouper permette leur identification afin que chaque document fasse l'objet d'une désignation*”, énonce, à propos des documents saisis, “*qu'il apparaît [...] que certains des intitulés retenus dans l'inventaire ne permettraient pas d'identifier, sous une appellation commune, un ensemble de documents communs par leur objet, mais uniquement par l'un d'entre eux ; que si les documents saisis ont été enliassés et cotés, l'absence de désignation de chacun d'entre eux dans l'inventaire ne permet pas à la partie saisie de savoir quels sont les documents saisis et est de nature à porter atteinte à l'exercice des droits de la défense dans le cadre de la procédure suivie devant le conseil de la concurrence [...]*”.

82. La Cour de cassation semble remettre en cause le principe de la nécessaire identification des documents saisis dans l'inventaire et n'exiger que leur dénombrement. Pourtant, le fait de ne pas pouvoir identifier les documents saisis par l'appellation donnée au regroupement de documents réalisé par les enquêteurs nous paraît bel et bien de nature à porter atteinte aux droits de la défense. Le JLD du Tribunal de grande instance de Paris rappelle pourtant qu'il “*importe que l'intitulé retenu pour les regrouper permette leur identification afin que chaque document fasse l'objet d'une désignation*”. Cet élément demeure une garantie importante de la prise de connaissance, par les entreprises visitées, des pièces et documents saisis.

83. Conformément à une jurisprudence qui paraissait acquise, l'inventaire, sans décrire chacune des pièces ni même les énumérer, se doit à minima de les dénombrer et de les regrouper sous une appellation qui permette leur identification. Cette position mériterait d'être rappelée par la Cour de cassation afin de protéger les droits de la défense des entreprises inspectées.

<sup>40</sup> Voir en ce sens CA Paris, 1ère sect. conc., 15 mai 1991.

<sup>41</sup> TPICE, 17 sept. 2007, préc., point 88 : La protection au titre de la confidentialité des communications entre avocats et clients implique également que, une fois que la Commission a adopté sa décision rejetant une demande à ce titre, elle ne doit prendre connaissance du contenu des documents en cause qu'après avoir donné à l'entreprise concernée la possibilité de saisir utilement le Tribunal. À cet égard, la Commission est tenue d'attendre que le délai pour introduire un recours à l'encontre de sa décision de rejet se soit écoulé avant de prendre connaissance du contenu de ces documents. En tout état de cause, dans la mesure où un tel recours n'a pas d'effet suspensif, il appartient à l'entreprise concernée d'introduire une demande en référé visant au sursis à l'exécution de la décision de rejet de la demande de cette protection.

<sup>42</sup> CPP, art. 56 alinéa 4.

<sup>43</sup> Cass. crim., 14 nov. 2007, *DGCCRF/Sté Canal +*.

<sup>44</sup> Ord. du JLD de Paris, 30 juin 2005, *SA Canal +/DGCCRF*.

84. La question est, bien entendu, particulièrement sensible en ce qui concerne l'inventaire des documents informatiques et messageries électroniques saisis dans leur globalité.

85 En effet, alors que les inventaires des documents papiers saisis, figurant dans les procès-verbaux dressés par les enquêteurs, décrivent en général chaque document saisi, en ce qui concerne les documents informatiques ou électroniques, les enquêteurs sont beaucoup moins précis et se limitent à quelques lignes décrivant les empreintes numériques des fichiers "archives" du type .pst.

86. Pourtant, la loi n° 2004-575<sup>45</sup> qui a modifié l'article 56 du Code de procédure pénale pour y inclure expressément la saisie de données informatiques, prévoit que ces données doivent bénéficier de la même procédure d'inventaire et de mise sous scellés et de la même protection que les documents "papiers".

87 En effet, un tel inventaire a pour finalité de permettre la vérification que les enquêteurs n'ont procédé qu'à la seule "saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité"<sup>46</sup>. L'inventaire doit permettre de vérifier que les procédés de "ciblage" sont adéquats et qu'ils permettent d'écarter les documents n'entrant pas dans le champ de l'autorisation<sup>47</sup>.

88. Les jurisprudences qui valident un inventaire aussi limité, dès lors que celui-ci comporte pour chacun des fichiers, son nom, son empreinte numérique et son chemin d'accès permettant son identification<sup>48</sup>, ne remplissent pas les exigences légales. Mais, il s'agit là de l'appréciation souveraine du juge du fond et l'on peut donc s'attendre à des jurisprudences divergentes.

## 3. Les recours contre les opérations de visite et saisie

### 3.1. Le principe

89. En droit français, l'alinéa 12 de l'article L. 450-4 du Code de commerce qui dispose que "le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées [...]"<sup>49</sup>. Cette disposition donne donc littéralement compétence au JLD qui a émis l'Ordonnance autorisant les visites et saisies pour connaître d'une requête en contestation de la régularité du déroulement des opérations de visites et de saisies effectuées dans les locaux d'une société.

90. La Cour de cassation précise qu'"il appartient à toute personne intéressée qui entend contester la régularité des opérations de visite et de saisie autorisées par le président du Tribunal, de saisir d'une requête à cette fin ce magistrat, dont les pouvoirs de contrôle s'étendent à la constatation de l'irrégularité des opérations lorsqu'elles sont achevées, et, en ce cas, à leur annulation"<sup>50</sup>.

91 Le JLD peut être saisi pendant l'inspection et à l'issue de celle-ci pendant un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance ayant autorisé les opérations de visites et saisies.

92 Ces recours sont le plus souvent fondés sur le fait que les documents saisis n'entrent pas dans le champ de l'enquête tel que défini par l'ordonnance, sont couverts par le secret de la correspondance entre avocat et client ou sont mal inventoriés dans les procès-verbaux dressés par les enquêteurs. On trouve par ailleurs d'autres motifs de contestation possibles (saisie dans des lieux ou véhicules non visés par l'ordonnance, par exemple).

93. Le JLD se prononce en rendant une ordonnance qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation. Ce pourvoi, comme dans le contentieux de la légalité de l'ordonnance, n'a pas d'effet suspensif.

94. La jurisprudence a considéré que les pouvoirs de contrôle du juge saisi d'un recours en contestation de la régularité du déroulement des opérations de visites et de saisies s'étendaient au "contrôle de la conformité des saisies opérées au but des recherches autorisées"<sup>51</sup>.

95. Le droit communautaire ne prévoit pas de recours possible en cours de procédure contre le déroulement des opérations d'inspection de ses agents.

96. Le seul recours possible que les entreprises pourraient tenter contre une saisie irrégulière de documents par les agents de la Commission agissant sur décision de la Commission serait, *a posteriori*, dans le cadre d'un recours en annulation de la décision elle-même.

97. Ce n'est finalement que si la décision finale repose sur des documents saisis en violation des droits de la défense que la légalité de ladite décision sera susceptible d'être affectée. C'est au Tribunal de première instance d'estimer alors si l'infraction aurait également été retenue en l'absence de ces documents. Au titre des documents contestés dans le cadre de ce recours en annulation figurent le plus souvent la prise de copie de documents couverts par le "legal privilege" ou la prise de copie de documents n'entrant pas dans le champ de la décision judiciaire d'autorisation.

98. Ce recours, fondé sur l'article 230 du Traité CE, doit être formé devant le Tribunal de première instance, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

45 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique.

46 CPP, art. 56 alinéa 5.

47 Voir en annexe la pièce XII l'ordonnance du JLD de Nanterre du 17 juill. 2007, p. 4, préc.

48 JLD Paris, 27 sept. 2007, SAS Syngenta Agro et SA Syngenta France, inédit, cité par André Marie, Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles, RLC, 2008, n° 14, p. 121

49 Art. L. 450-4 al. 12 C. com, issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

50 Cass. com., 12 déc. 1989, n° 89-10.740, Bull. civ. IV, n° 313, p. 210. Pour d'autres exemples parmi une abondante jurisprudence : TGI Digne-les-Bains, Ord. 21 mars 1990, Petites affiches, 2 mai 1990, p. 6 ; JCP E 1990, II, n° 15834 ; Cass. com, 12 nov. 1996, n° 95-30.192, RIDA 1997, n° 2, n° 231, 3ème espèce.

51 Cass. com., 4 juin 1991, n° 90-10.588, Bull. civ. IV, n° 212, p. 150, D. 1991, I.R., p. 186, JCP G 1991, IV, p. 305.

### 3.2. Les limites du recours devant le JLD

99. Le recours devant le JLD est non suspensif de l'analyse que les agents de la DGCCRF vont opérer sur l'ensemble des pièces saisies, y compris celles faisant l'objet d'une demande de restitution.

100. L'Administration n'a d'ailleurs aucune difficulté à avouer que, contrainte par les délais de la charte DGCCRF/Conseil de la concurrence, elle commence à lire les pièces saisies dès que cela lui est possible, et sans attendre de savoir si une requête a été ou non déposée devant le JLD, ni a fortiori, une éventuelle décision du JL

101. Le Tribunal de première instance des communautés européennes reconnaît ce danger et, sur le fondement des droits de la défense, juge dans un récent arrêt *Akzo*<sup>52</sup> qu'une information qui viendrait irrégulièrement à la connaissance des services d'instruction (il s'agissait en l'espèce d'informations couvertes par le privilège légal) *"pourrait être utilisée par la Commission, directement ou indirectement, pour l'obtention d'informations nouvelles ou de moyens de preuve nouveaux, sans que l'entreprise concernée soit toujours en mesure de les identifier et d'éviter qu'ils ne soient utilisés contre elle. [...] Le seul fait pour la Commission de ne pas pouvoir utiliser les documents protégés comme éléments de preuve dans une décision de sanction ne suffit, dès lors, pas à réparer ou à éliminer les préjudices qui résulteraient de sa prise de connaissance du contenu desdits documents."*<sup>53</sup>.

102. Se trouve donc ici explicitement visé le cas de pièces irrégulièrement saisies, exploitées, puis retirées de la procédure, mais qui ont pu fournir des indications sur l'exploitation d'autres pièces régulièrement saisies.

103. À cet égard, la Commission est tenue d'attendre que le délai pour introduire un recours à l'encontre de sa décision de rejet de la demande de protection se soit écoulé avant de prendre connaissance du contenu de ces documents. Mais, *"dans la mesure où un tel recours n'est pas suspensif, il appartient à l'entreprise concernée d'introduire une demande en référé visant au sursis à exécution de la décision de rejet de la demande de cette protection"*<sup>54</sup>.

104. L'arrêt *Akzo* rappelle qu'il *"importe d'éviter que les droits de la défense ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquête préalable, dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves de caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité"*<sup>55</sup>. La Commission peut recourir à des scellés afin de garantir qu'elle n'a pas pris connaissance des pièces qui font l'objet d'un recours.

105. Même si la procédure française est différente, il serait difficilement concevable aujourd'hui que le droit français ignore délibérément les avancées de l'arrêt *Akzo* qui ne fait qu'entériner, au plan européen, les demandes réitérées des avocats qui gèrent ce type de dossiers devant la DGCCRF et le Conseil de la concurrence.

106. Il est impératif aujourd'hui que le prétexte des délais de procédure contenus dans la charte DGCCRF/Conseil de la concurrence, n'enfreignent plus les droits de la défense.

107. Pour cela la solution est simple. Il suffit que les agents de la DGCCRF, informés de ce qu'une requête en contestation des saisies de pièces irrégulièrement saisies a été introduite devant le JLD, ne prennent pas connaissance des pièces, tant que le JLD n'a pas rendu sa décision.

108. Cela évitera des négociations parfois incommodes visant à ce que les auditions ne portent pas sur les pièces faisant l'objet du recours mais seulement sur celles ne faisant l'objet d'aucune réclamation, une autre audition pouvant alors être envisagée sur le fondement des pièces régulièrement saisies une fois la décision du JLD rendue.

109. Le Tribunal a sagement jugé que les agents de la Commission ne peuvent pas faire abstraction de l'analyse de pièces irrégulièrement saisies et a donc estimé que les pièces litigieuses devaient faire l'objet d'une décision au fond avant que leur exploitation ne puisse débiter. Sauf à considérer que les agents de la DGCCRF peuvent faire preuve d'une schizophrénie leur permettant de ne plus considérer, ni même se souvenir, des éléments qu'ils ont pu analyser dans les pièces illégalement saisies, il n'y a aucune raison de leur accorder des pouvoirs de nature différente. L'argument lié aux délais fixés par la charte DGCCRF/Conseil de la concurrence précitée, opposé par l'administration aux avocats invoquant la nécessité d'attendre la décision du JLD avant de démarrer leur analyse des pièces litigieuses, est bien faible au regard du respect des droits de la défense.

## IV. Conclusion

110. Ce domaine spécifique de la thématique plus générale des enquêtes de concurrence s'inscrit dans un contexte de multiplication des contrôles tant nationaux qu'europeens, et permet d'illustrer l'importance des moyens dont disposent les autorités de concurrence à ces deux niveaux.

111. Les entreprises doivent ainsi s'astreindre à une vigilance constante en vue de s'assurer que leurs comportements sont bien conformes aux règles de la concurrence. Il convient d'ailleurs de rappeler que les infractions aux règles de la concurrence se prescrivent par 5 ans à compter de la cessation des effets des pratiques infractionnelles. C'est donc notamment une méthodologie adaptée, tant analytique que prospective (fondée sur un audit de concurrence par exemple) qui permettra aux entreprises de mettre en place une approche stratégique visant à prévenir et encadrer les risques qu'elles encourent le cas échéant (compliance programme, clémence totale ou partielle). ■

52 TPICE, 17 sept. 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd/Commission*, aff. jtes T125/03 et T253/03.

53 TPICE, 17 sept. 2007, préc., point 87.

54 TPICE, 17 sept. 2007, préc., point 88.

55 TPICE, 17 sept. 2007, préc., point 120.

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par neuf chroniques thématiques.

# CONCURRENCES

## Editorial

Jean-Bernard Blaise, Nicolas Charbit,  
Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann,  
Laurence Idot, Hubert Legal,  
Claude Lucas de Leyssac, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,  
Nadine Calvino, Frédéric Jenny, Neelie Kroes,  
Mario Monti, Mustafa Parlak, Dominique Voillemot...

## Tendances

Jean-François Bellis, Guillaume Cerutti,  
John Davies, Céline Gauer, Damien Gérardin,  
Pierre Kirch, Christophe Lemaire, Irène Luc,  
Jorge Padilla, Emil Paulis, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Serge Durande,  
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,  
Laurence Idot, Bruno Lasserre, Stanislas Martin,  
Caroline Montalcino, Catherine Prieto,  
François Souty...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Données publiques et concurrence, Droit pénal et concurrence...

## Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Japon,  
Luxembourg, Suisse, USA...

## Droit et économie

Penelope PAPANDROPOULOS, David SPECTOR

## Chroniques

### Ententes

Emmanuelle CLAUDEL  
Michel DEBROUX  
Cyril SARRAZIN

### Pratiques unilatérales

Laurent FLOCHEL  
Catherine PRIETO  
Anne WACHSMANN

### Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Daniel FASQUELLE  
Jean-Patrice de la LAURENCIE  
Marie-Claude MITCHELL

### Concentrations

Jean-Mathieu COT  
Jérôme PHILIPPE  
Stanislas MARTIN

### Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### Procédures

Valérie MICHEL-AMSELLEM  
Chantal MOMÈGE  
Fabien ZIVY

### Régulations

Denis LESCOPE  
Jean-Paul TRAN THIET  
Thierry TUOT

### Secteur public

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne  
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)



	<b>HT</b> <i>Without tax</i>	<b>TTC</b> <i>Tax included (France only)</i>
<b>Revue Concurrences   Review Concurrences</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	398 €	406,36 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	490 €	598,34 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + free access to e-archives)</i>	580 €	693,68 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	100 €	102,10 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles (version électronique sur concurrences.com) <i>Pack of 5 articles (electronic version on concurrences.com)</i>	110 €	131,56 €
<input type="checkbox"/> 1 article (version électronique sur concurrences.com) <i>1 article (electronic version on concurrences.com)</i>	30 €	35,88 €

<b>Bulletin électronique e-Competitions   e-bulletin e-Competitions</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription with single PC access + free access to e-archives</i>	498 €	595,68 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles <i>Pack of 5 articles</i>	90 €	107,64 €
<input type="checkbox"/> 1 article <i>1 article</i>	20 €	23,92 €

<b>Revue Concurrences + bulletin e-Competitions   Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions) + e-bulletin</i>	780 €	932,88 €

### Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : ..... e-mail : .....  
 Institution | *Institution* : .....  
 Rue | *Street* : ..... Ville | *City* : .....  
 Code postal | *Zip Code* : ..... Pays | *Country* : .....  
 N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* : .....

### Paieement | Payment details

Vous pouvez payer directement sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (accès immédiat à votre commande) ou bien utiliser ce formulaire :  
*For instant access to your order, pay on-line on www.concurrences.com. Alternatively :*

- Veuillez m'adresser une facture d'un montant de ..... €  
*Please bill me for the sum of ..... €*
- Veuillez débiter ma carte MasterCard/Visa/American Express d'un montant de ..... €  
*Please debit the sum of ..... € from my MasterCard/Visa/American Express*

Numéro de carte/ *Card n°* : .....  
 Date d'expiration/ *Expiry date* : .....  
 Nom-Prénom/ *Name-First name* : .....

Signature

- J'ai transféré au compte bancaire dont références ci-dessous la somme de ..... € à la date du .....  
*I have transferred the sum of ..... € to the bank account below on ..... (date)*

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
<b>FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060</b>	<b>BNPAFRPPPO</b>

**Bank** : BNP - Agence Opéra | 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France

### Formulaire à retourner à | Send your order to

**Transactive** – A Thomson subsidiary

1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | *contact: [information@transactive.fr](mailto:information@transactive.fr)*

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Licences mono-postes. Tarifs licences multi-postes sur demande. Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Single PC licences. Multi-PCs licences on request. Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France : 18 €** | *18 € extra charge for sending hard copies outside France*